

WEET HET RECHT NOG RAAD MET DE ZONDE?

door

Hans NIEUWENHUIS(*)

Dit artikel strekt ten betoge dat de zonde en haar tegenhanger, de deugd, onmisbare bestanddelen vormen van het recht. Onderzocht wordt in hoeverre de zeven hoofdzonden die door Paus Gregorius I tegen het einde van de zesde eeuw zijn geboekstaafd, zich nog manifesteren in het moderne, geseculariseerde, aansprakelijkheidsrecht. Het blijkt dat drie hoofdzonden nog steeds de bron vormen van de drie typen van gedragingen die onrechtmatig zijn wegens strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt: gramschap, inhaligheid, nalatigheid.

INHOUD

- I. Een moord in de Beethovenstraat (1-2)
- II. Hamartia (3)
- III. Misdaad en straf; schuld en boete (4)
- IV. Zonde zonder God (5)
- V. Faute, fault, fout (6)
- VI. De genealogie van het foutbegrip (7-8)
- VII. De drie hoofdzonden van art. 6:162 BW (9-12)
- VIII. Waaruit bestaat het ongeschreven recht (13-14)
- IX. De gulden regel (15-16)
- X. Hoe redelijk is tolerantie? (17)
- XI. Fatiha wil niet naar Marokko (18-19)
- XII. Rechten, plichten, deugden (20)

(*) Hans Nieuwenhuis (j.h.nieuwenhuis@law.leidenuniv.nl) is hoogleraar Burgerlijk Recht aan de Universiteit Leiden.

Dit artikel is een bewerking van de rede gehouden bij gelegenheid van de TPR-dag in het groen op zaterdag 21 september 2002.

I. Een moord in de Beethovenstraat

1. Wat is zonde nog vandaag de dag? Je hoort het woord nog wel eens als iemand een glas wijn heeft omgestoten: zonde!

Naast deze vorm van drankmisbruik is in het Burgerlijk Wetboek sprake van een minder incidentele vorm: *gewoonte* van drankmisbruik. Zij kan leiden tot ondercuratelestelling (art. 1:378 BW). Rechtspraak met betrekking tot dit onderwerp is schaars en dateert uit de jaren dertig van de vorige eeuw; een overtuigend bewijs van onze nationale deugd: matigheid.

In de gewoonte van drankmisbruik als grond voor curatele onthult het recht de zonde in haar oorspronkelijke gedaante: hoeksteen van onze door het christendom gestempelde beschaving. Eeuwenlang heeft Europa tijdens de mis beleden: ik geloof in de vergeving van zonden (*credo in remissionem peccatorum*).

Een late nagalm van dit *Credo* weerklinkt in een enkele jaren geleden door de Hoge Raad gewezen arrest. Onder de kop:

EEN MOORD IN DE BEETHOVENSTRAAT

verscheen in het Parool van 27 januari 1990 het volgende bericht:

In de badkamer van een etagewoning in de Amsterdamse Beethovenstraat werd op 24 mei 1943 de Duits-joodse onderduiker Walter Oettinger vermoord – dat staat vast. Ook de dader is bekend: de toenmalige electriciën en latere cineast L. v. G. Bijna vijftig jaar na dato is echter nog altijd niet opgehelderd of de liquidatie een verzetsdaad, dan wel een ordinaire roofmoord was.

v. G. is in 1944 wegens doodslag veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar. In 1946 is hem gratie verleend, en wel aldus dat hem het nog on vervulde gedeelte van de gevangenisstraf werd kwijtgescholden. Uitgaande van deze feiten, oordeelde de Hoge Raad het krantenbericht onrechtmatig jegens v. G.

Vergeving van zonden is een ongeschreven rechtsplicht: „Eerbied voor de menselijke persoon brengt mee dat aan een veroordeelde zijn daad, nadat hij haar heeft geboet, in beginsel niet meer wordt nagehouden.”(1).

Wij zijn gehouden de veroordeelde een schone lei te gunnen, wanneer hij zijn daad heeft „geboet”. Berust de theologische ondertoon van

(1) HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422.

een arrest over civielrechtelijke aansprakelijkheid op een toevallige associatie, of zijn de conceptuele kaders van het recht fundamenteeler verbonden met de grondbegrippen van de christelijke geloofsleer?

Het tweede standpunt wordt met verve verdedigd door de Amerikaanse rechtshistoricus Harold Berman in zijn boek *Law and Revolution: „Western concepts of law are in their origins, and therefore in their nature, intimately bound up with distinctively Western theological and liturgical concepts of the atonement and of the sacraments.”*(2).

Westerse rechtsbegrippen zijn hecht verbonden met theologische begrippen als *atonement*, verzoening (afgeleid van het middeleeuws latijnse *adunamentum*, vereniging).

Het loont de moeite deze stelling serieus te nemen en haar te toetsen aan het geldende recht met betrekking tot strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid. Zijn zonde, boete en vergeving begrippen die steun bieden bij het debat over het doel van strafoplegging en de functies van civielrechtelijke aansprakelijkheid?

2. Wie gelooft in vergeving van zonden, gelooft in de zonde. Wat is een „zonde”? De nieuwe Katechismus van de Katholieke Kerk uit 1992 definieert de zonde als volgt: „De zonde is een vergrijp tegen de rede, de waarheid en het juiste geweten; ze is een tekort aan echte liefde tot God en tot de mensen, omwille van een ontaarde gehechtheid aan bepaalde goederen. Ze kwetst de natuur van de mens en tast de menselijke solidariteit aan.”(3).

De zonde spreekt meer tot de verbeelding dan haar tegenhanger: de deugd. Tevergeefs zal men zoeken naar een boek, film of opera over de zeven hoofddeugden: nederigheid, naastenliefde, kuisheid, matigheid, zachtmoedigheid, vrijgevigheid, oplettendheid. Een niet aflatende literaire, filmische en muzikale belangstelling is daarentegen gewekt door de corresponderende zeven hoofdzonden die tegen het einde van de zesde eeuw door Paus Gregorius I zijn geboekstaafd: hoogmoed, afgunst, onkuisheid, gulzigheid, gramschap, inhaligheid, nalatigheid(4).

Hoofdzonden heten de zeven daarom, omdat zij de bron vormen van andere ondeugden. Gulzigheid leidt tot ongepaste vrolijkheid (*inepta laetitia*) en breedsprakerigheid (*multiloquium*), zo weet Paus Gregorius.

(2) H.J. BERMAN, *Law and Revolution*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1983, 195.

(3) Katechismus van de Katholieke Kerk, Brussel, Licab c.v.b.a., nr. 1849.

(4) S. GREGORII MAGNI, *Moralia in Job*, XXXI, 45.

Literair hoogtepunt van de uitbeelding van dit illustere zevental wordt gevormd door Dante's *Purgatorio*, het middenpaneel van zijn *Divina Commedia*: „*Sette P nella fronte mi descrisse col punton della spada.*”

Zevenmaal P (van *peccatum*, zonde) schreef de engel Gods met de punt van zijn zwaard op het voorhoofd van Dante, toen deze met zijn gids Vergilius een begin wilde maken met de beklimming van de Louteringsberg(5).

Kern van Dante's zondeleer is zijn geharnaste verdediging van de wilsvrijheid (*libero arbitrio*): „Gij mensen, gij schrijft al wat er gebeurt toe aan de hemel, net alsof alles noodzakelijkerwijs daarvan zou afhangen. Maar als dat zo zou zijn, zoudt gij niet meer over een vrije wil beschikken. En zou het niet rechtvaardig meer zijn dat gij voor het goede werd beloond en voor het kwade gestraft.”(6).

De vrije wil als noodzakelijke voorwaarde voor de rechtvaardiging van beloning en bestraffing. Het postulaat van de wilsvrijheid is daarmee tevens hoeksteen van het strafrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht. De rechtvaardiging van het opleggen van straf en veroordeling tot schadevergoeding veronderstelt dat de dader niet alleen anders had *moeten*, maar ook anders had *kunnen* handelen dan hij deed.

II. Hamartia

3. Wat is eigenlijk christelijk aan de *inhoud* van de zeven hoofdzonden? Het antwoord kan kort zijn: niets.

Zij rusten alle op antieke, vóór-christelijke, fundamenten. Ook Homerus wist dat hoogmoed vóór de val komt. Wij kennen de gramschap van Achilles jegens Agamemnon, de gouddorst van koning Midas; het kost weinig moeite het lijstje te completeren en het bewijs te leveren dat de Grieken niet alleen deze zeven tekortkomingen kenden, maar ook aanmerkten als zonde (*hamartia*).

Maar is ons besef van de *betekenis* van de zonde, niet ingrijpend gewijzigd door de komst van het christendom? *Hamartia*, het nieuw-testamentische woord voor zonde („vergeef ons onze zonden”), is ook het woord dat enkele eeuwen eerder door Aristoteles werd gebruikt

(5) DANTE, *Divina Commedia, Purgatorio*, IX, 112.

(6) DANTE, *Divina Commedia, Purgatorio*, XVI, 67 e.v.; vertaling F. VAN DOOREN, *De goddelijke komedie*, Baarn, Ambo, 1987, 233.

om zijn literaire theorie over „tragische schuld” te verduidelijken. De beproevingen van een tragische held als Kreon uit de tragedie *Antigone* van Sofokles zijn niet het gevolg van diens boosaardigheid, maar vinden hun oorzaak in een menselijk tekort, *hamartia* van *hamartanein*, tekortschieten(7).

In zijn ijver voor het vestigen en afdwingen van een nieuwe loyaliteit, een binding ten opzichte van de nieuwe samenlevingsvorm: de *polis*, als opvolgster van het familie- en stamverband, schoot Kreon schromelijk tekort in vergevingsgezindheid ten opzichte van de gesneuvelde vijand: zijn neef Polyneikes. Kreon moest zwaar boeten. Hij verloor zijn zoon Haimon en zijn vrouw Eurydikê.

Er zijn zeker overeenkomsten tussen *hamartia* bij Aristoteles (tragische schuld) en *hamartia* bij Paulus, de grondlegger van het christelijk geloof (zonde). De tragische schuld van de tragische held moest volgens Aristoteles bij de toeschouwers leiden tot *eleos* en *katharsis*, medelijden en zuivering van het gemoed. Aan het slot van de *Antigone* onthult het koor de moraal: door harde slagen komt de hoogmoedige tot bezinning.

Toch is er ook verschil. Bij de *hamartia* van de christelijke geloofsleer verschuift het accent naar het troostrijk gevolg van de zonde: berouw, genoegdoening en verzoening. „Waar de zonde heeft gewoekerd, werd de genade mateloos.”(8)

III. Misdaad en straf; schuld en boete

4. Wordt ons zicht op het doel van de strafoplegging verhelderd door de associatie met het sacrament van boete en verzoening? Gaapt tussen de normale mens en de misdadiger niet een onoverbrugbare kloof?

„Als men Lombroso moest geloven, dan zou de typische misdadiger, de zogenaamde geboren misdadiger, niet onze evenmens zijn.” zo karakteriseert Pompe, de Utrechtse hoogleraar strafrecht en stichter van de Utrechtse School, de theorie van Cesare Lombroso(9). Pompe verwerpt deze theorie en plaatst daartegenover het beeld van de misdadiger als verantwoordelijk mens: „De straf is het antwoord op de schuld van de verantwoordelijke mens. De straf is de vergelding

(7) ARISTOTELES, *Poetica*, xiii, 5.

(8) *Romeinen* 5:20.

(9) C. LOMBROSO, *l'Uomo delinquente*, Turijn, Bocca, 1876.

van de schuld en juist daardoor de voldoening voor de schuld en de uitboeting ervan. Krachtens haar wezen heeft zij de strekking de schuldige te bevrijden van de last zijner schuld.”(10)

Straf als schulddelging. Het oordeel van de Hoge Raad dat de eerbied voor de menselijke persoon meebrengt dat aan een veroordeelde zijn daad, nadat hij haar heeft geboet, in beginsel niet meer wordt nagehouden, sluit naadloos aan bij deze opvatting.

De veroordeelde als schuldenaar die zich door het ondergaan van zijn straf bevrijdt van zijn schuld. Een verdere civilisering van het strafrecht kan dan niet uitblijven. Wie zijn de schuldeisers: het slachtoffer, de samenleving? Wat is hun onderlinge rangorde? Buruma spreekt in dit verband van „een meer reparatoire invulling van het vergeldingsdenken”(11).

Minder nadruk op straf als opzettelijke leedtoevoeging gericht op afschrikking, meer aandacht voor de sanctie als middel ter bereiking van althans enige vorm van *restorative justice*. Dwing door het opleggen van een verplichting tot vergoeding van de schade (art. 36f Sr.) of een werkstraf (art. 22c Sr.) de veroordeelde zich in te zetten voor de voldoening van zijn schuld aan slachtoffer en samenleving.

Het verrichten van „herstelwerkzaamheden” in plaats van „zitten” („*doing time*”); de (on-)wenselijkheid van een dergelijke koerswijziging staat geheel los van het maatschappelijke debat over de „ondraaglijke lichtheid” van het huidige strafklimaat. We hoeven niet terug naar galei en rasphuis om pittiger werkstraffen te verzinnen dan een paar uur papier prikken in het plantsoen.

IV. Zonde zonder God?

5. Is in een geseculariseerde wereld nog plaats voor de zonde? Heeft met de komst van de Verlichting (de bevrijding van de mens uit zijn aan eigen schuld te wijten onmondigheid(12)) het geloof in de zonde niet afgedaan?

(10) W.P.J. POMPE, „De Mens in het strafrecht”, *RMThemis* 1957, 93 en 108; het opstel is ook opgenomen in Y. BURUMA (red.), *100 jaar strafrecht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999, 253 e.v.

(11) Y. BURUMA, „Een strafrechtelijke ideeëngeschiedenis van de twintigste eeuw” in Y. BURUMA (red.), *100 jaar strafrecht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999, 26.

(12) „*Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit*”, I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1783), Stuttgart, Reclam, 1974.

In het midden van de Tweede Wereldoorlog prijst Huizinga in zijn *Geschonden Wereld, een beschouwing over de kansen op herstel van onze beschaving*, het zevental hoofdzonden en de daarmee corresponderende deugden als „een van onze kostbaarste denkmiddelen”: „Het is al meer dan veertig jaar mijn overtuiging en ik heb die meer dan eens geuit, dat deze reeksen van deugden en ondeugden, of men er dan van beide zeven telt of acht, een van onze kostbaarste denkmiddelen betekenen, heden nog evengoed als voor tweeduizend jaar, voor de kennis van alles wat de zielkunde en de zedenleer van de mens betreft.”(13).

Wel leidt het door de Verlichting ontketende geloof in eigen kunnen tot een wending van het perspectief: van zonde naar haar tegenhanger, de deugd.

Rechtvaardigheid en billijkheid in een wereld zonder God? Aan het begin van de Verlichting laat Montesquieu in zijn *Lettres Persanes* de Perzische bezoeker Usbek spelen met deze brisante gedachte: „Evenzo geldt dat wij, ook al zou er geen God zijn, altijd de rechtvaardigheid zouden moeten liefhebben (...) Vrij als wij zouden zijn van het juk van de godsdienst, zouden we toch het juk van de billijkheid niet mogen afwerpen.”(14).

Tegen het einde van de Verlichting en van zijn leven formuleert Kant, onder de kop *Von der Tugend überhaupt*, nog éénmaal zijn verlichtingsideaal. De mens ontleent zijn waardigheid aan zijn autonomie; hij is *auto-nomos*, zichzelf tot wet. Deugd is de wilskracht om te doen wat plicht is. De eigen wetgevende rede bepaalt wat die plicht inhoudt. Slechts door het bezit van deze wilskracht is de mens vrij, gezond, rijk, koning(15).

Evenals Dante was Kant overtuigd van de noodzaak van het concept „wilsvrijheid”, maar anders dan bij Dante heeft dit begrip bij Kant iedere vanzelfsprekendheid verloren: „Vrijheid is een loutere idee, waarvan de objectieve realiteit op geen enkele manier volgens natuurwetten, dus ook niet in een of andere mogelijke ervaring kan worden aangetoond. (...) Zij geldt slechts als noodzakelijke vooron-

(13) J. HUIZINGA, *Geschonden Wereld*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink, 1945, 182 e.v.

(14) MONTESQUIEU, *Perzische Brieven*, nr. 83, vertaling J. HOLIERHOEK, Amsterdam, Wereldbibliotheek, 2001.

(15) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1797, Einleitung XIV.

derstelling van de rede in een wezen dat zich van een wil bewust meent te zijn.”(16).

Dit strookt wonderwel met de observaties van moderne (rechts-)psychologen: „De vrije wil is een lastig concept waarvan de empirische vruchtbaarheid twijfelachtig is. Sappington kwam na een bespreking van de relevante filosofische en psychologische literatuur tot de conclusie dat wetenschappelijk onderzoek naar het bestaan van de vrije wil niet mogelijk is.”(17).

De empirische vruchtbaarheid van het begrip „wilsvrijheid” moge twijfelachtig zijn, zijn normatieve noodzakelijkheid staat onomstootelijk vast. De lotgevallen van Cohen, de man wiens optreden het meest heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het moderne Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, zijn er om dit te bewijzen. Zijn veroordeling tot vergoeding van de door zijn concurrent Lindenbaum geleden schade is slechts gerechtvaardigd op grond van het oordeel dat Cohen anders had *kunnen* handelen dan hij deed, en had *kunnen* besluiten het personeel van Lindenbaum *niet* om te kopen. Cohen kan niet aan aansprakelijkheid ontkomen door een beroep te doen op het empirisch gegeven dat hij tot zijn daad werd gedreven door zijn onweerstaanbare begeerte naar het verwerven van de klanten van Lindenbaum(18).

V. Faute, fault, fout

6. Kunnen we ons iets voorstellen bij een volstrekt gesecculariseerd zondebegrip? Wat houden we over als we de omschrijving uit de katechismus ontdoen van haar godsdienstige kenmerken?

Zonde is een vergrijp tegen de rede; ze is een tekort aan naastenliefde, ze tast de menselijke solidariteit aan.

Kan dit zondebegrip onderdeel vormen van het aansprakelijkheidsrecht van een samenleving waarin het sacrament van boete en verzoening en het vooruitzicht van het vagevuur niet langer een dominante rol vervullen?

Het antwoord luidt volmondig: ja.

(16) I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, Johann Friedrich Hartknoch, 1785, dritter Abschnitt, vertaling T. MERTENS, Immanuel Kant, *Fundering voor de metafysica van de zeden*, Amsterdam, Boom, 2001, 126.

(17) H.F.M. CROMBAG, P.J. VAN KOPPEN, W.A. WAGENAAR, *Dubieuze Zaken*, Amsterdam, Contact, 1994, 321.

(18) HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161.

Als *faute, fault, fout*, afgeleid van het latijnse werkwoord *fallere*, tekortschieten, is het toerekenbaar tekort aan respect voor de belangen van anderen de hoeksteen van het moderne aansprakelijkheidsrecht. Niet alleen hoeksteen, maar ook grenssteen. De beperking van de aansprakelijkheid tot die gevallen waarin de schade het gevolg was van een *fout* van de gedaagde fungeerde tevens als waarborg voor de vrijheid van ondernemen: „*No liability without fault* became the banner of an individualistic society set on commercial exploitation and self-help.”(19).

De banier van de geïndividualiseerde samenleving aangewezen op vrijheid van ondernemen en zelfhulp wapperde niet steeds even fier. Ter bescherming van de slachtoffers werden overal *no fault* aansprakelijkheden in het leven geroepen; de last van de schadevergoedingen die de slachtoffers in die gevallen ontvangen, wordt via aansprakelijkheidsverzekeringen, waarvan de premies worden doorberekend in de kostprijs van goederen en diensten, op grote schaal gecollectiveerd. Een en ander neemt niet weg dat de foutaansprakelijkheid van art. 6:162 BW de belangrijkste bron blijft van civiele aansprakelijkheid.

VI. De genealogie van het foutbegrip

7. Het begrip „fout” (toerekenbare onrechtmatige daad) in het Burgerlijk Wetboek(20) gaat zonder omwegen terug op het bestanddeel *faute* van art. 1382 van de Franse Code civil uit 1804: „*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*”

Inspiratie voor deze bepaling is geput uit het in 1625 te Parijs verschenen *De jure belli ac pacis* van Hugo de Groot: „Een onrechtmatige daad (*maleficium*) noemen wij iedere schuld (*culpam omnem*) strijdig met hetgeen mensen behoren te doen (*pugnantem cum eo quod homines facere debent*).”(21).

De Groot beroept zich op Thomas van Aquino (1225-1274) die in zijn *Summa Theologiae*(22) de vergoedingsplicht stevig verankert in de geloofsleer door haar te baseren op een uitspraak van Augustinus: *Non*

(19) J.G. FLEMING, *The Law of Torts*, Sidney, Law Book Company, 1992, 93 en 302 e.v.

(20) Zie bijvoorbeeld art. 6:170.

(21) H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 2, 17, 1.

(22) Th. VAN AQUINO, *Summa Theologiae*, II, qu. 62, art. 2.

dimittitur peccatum nisi restituatur ablatum (De zonde wordt niet vergeven als het weggenomene niet wordt teruggegeven)(23).

Augustinus, Thomas van Aquino, Hugo de Groot, Napoleon, Lindenbaum/Cohen; de genealogie van art. 6:162 BW is indrukwekkend. Maar wat baat het? Welk inzicht wordt verdiept door de wetenschap dat de in art. 6:162 vervatte plicht van de dader om de schade van de ander te vergoeden, historisch valt terug te voeren op de restitutie van het onrechtmatig ontnomene, door Augustinus zestien eeuwen geleden geformuleerd als eis voor vergeving van de zonde?

Harold Berman ziet een onverbreekelijke band tussen de *oorsprong* van onze moderne rechtsbegrippen en hun *aard*: „*Western concepts of law are in their origins, and therefore in their nature, intimately bound up with distinctively Western theological and liturgical concepts of the atonement and of the sacraments.*”

In their origins, and therefore in their nature; zo dwingend is het verband tussen de oorsprong en de aard van rechtsbegrippen zeker niet. De oorsprong van het huwelijk moge gelegen zijn in de *koop* van een vrouw, de huidige opvattingen over de aard van het huwelijkscontract vallen daarmee niet langer te verenigen.

8. Het blijft van belang na te gaan of de plicht tot vergoeding van de door een onrechtmatige daad veroorzaakte schade behoort tot de morele fundamenteën van onze samenleving. Als zou blijken dat het goedkoper en efficiënter is om de letselschade, veroorzaakt door ongevallen, te vergoeden uit de algemene middelen, doet de samenleving er dan goed aan op dit punt de *forensic lottery* van het aansprakelijkheidsrecht af te schaffen? Geen jarenlange onzekerheid over de uitkomst van de rechtsstrijd tegen de werkgever van een man die in een moment van onachtzaamheid in de halfduistere gang van een café een kelderluik liet openstaan. Ken het slachtoffer zonder omhaal een vergoeding toe ten laste van 's Rijks kas. Voor de strijd tegen de echte boosdoeners (opzettelijke mishandeling, rijden onder invloed) heeft de samenleving voldoende aan de sancties van het strafrecht.

Zou invoering van een dergelijk stelsel de morele fundamenteën van onze samenleving onherstelbaar verzwakken? Op dit punt valt een kentering in de rechtsopvatting te bespeuren. Enkele jaren geleden vonden voorstellen tot vervanging van de civiele aansprakelijkheid

(23) Zie uitgebreider over de moraaltheologische bronnen van Hugo de Groot, R. FEENSTRA, *Vergelding en vergoeding*, Deventer, Kluwer, 1993, 12 e.v.

door een alternatief compensatiestelsel (volksverzekering, algemene middelen) een warmer onthaal dan thans(24). Voorstellen om het recht op schadevergoeding van ongemotoriseerde slachtoffers van het gemotoriseerde verkeer los te koppelen van de schuldvraag, stuiten op hardnekkig verzet. Ook al is — terecht of niet — de vrees voor het vagevuur in brede kring geweken, het geloof in het oude verbond van schuld en boete is nog springlevend.

VII. De drie hoofdzonden van art. 6:162 BW

9. Gramschap (*ira*), inhaligheid (*avaritia*), nalatigheid (*neglegentia*); deze zonden staan aan de wieg van de drie hoofdtypen van gedragingen die onrechtmatig zijn wegens strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. *Gramschap*, het oogmerk om de ander leed te berokkenen. *Inhaligheid*, aan het eigen belang zodanige voorrang verlenen dat daardoor de ander wordt ontnomen waarop hij recht heeft. *Nalatigheid*, onvoldoende bedacht zijn op het gevaar dat het eigen doen of laten oplevert voor anderen.

10. De wijn der *gramschap* is soms wel zeer bitter. Om zijn vrouw, met wie hij in een echtscheidingsprocedure is verwickeld, zo hard mogelijk te treffen, brengt de man hun zevenjarige zoon door wurging om het leven. De door de vrouw ingestelde vordering tot vergoeding van immateriële schade wordt toegewezen(25). Het door de man aangevoerde argument dat de vrouw haar rouw op andere wijze had kunnen verwerken dan door smartengeld te eisen, wordt door het hof verworpen.

Boos opzet, het oogmerk om een ander leed te berokkenen is een zelfstandige grond voor de verplichting tot het betalen van smartengeld (art. 6:106 BW). Naast *vergoeding* voor „gederfde levensvreugde”, biedt het smartengeld een vorm van *genoegdoening*.

De dader is genoegdoening schuldig voor wat hij zijn slachtoffer heeft aangedaan. Zo overschrijden wij de traditionele kaders van het vermogensrecht en geraken we onontkoombaar in de sfeer van het

(24) Zie bijvoorbeeld, A.R. BLOEMBERGEN, *Naar een nieuw ongevallenrecht*, Deventer, 1965, 21: „Naar mijn mening is langzamerhand de tijd gekomen om de wettelijke aansprakelijkheid voor persoonlijke ongevallen af te schaffen, voor zover er geen sprake is van opzettelijke schadetoebrenging.”

(25) HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216.

sacrament van boete en vergeving. Berouw van de dader en vergeving door het slachtoffer kan het civiele recht niet afdwingen, wel het derde element van het boetesacrament: *satisfactie*, genoegdoening.

11. *Inhaligheid (avaritia)*; Paus Gregorius schaarde *avaritia* onder de zeven hoofdzonden. Een lange stoet vormt haar gevolg: verraad, bedrog, meened, geweld, hardvochtigheid. Meestal vertaald als „gierigheid”, heeft *avaritia* een veel ruimere betekenis. Het feit dat *avaritia* ook reeds deel uitmaakte van de woordenschat van het klassieke latijn, wijst erop dat deze zonde niet is uitgevonden door het christendom. In de *Rhetorica ad Herennium* wordt *avaritia* omschreven als „onrechtmatige begeerte naar andermans goed” (*iniuriosa appetitio alienorum*)(26).

Waaruit bestond de zonde van Cohen? Zij was niet reeds gelegen in het feit dat zijn begeerte uitging naar de klanten van Lindenbaum, zijn concurrent. Deze begeerte is het fundament van ons constitutioneel verankerde stelsel van vrije mededinging(27). Lindenbaum kon geen recht doen gelden op het behoud van zijn klanten.

Waaruit bestond de zonde van Cohen dan wel? Dat wordt hem voorgehouden door de Hoge Raad. Cohen had onbetamelijk gehandeld door tot eigen baat, door giften en beloften de bediende van een concurrent over te halen de beroepsgeheimen van zijn meester aan deze afhandig te maken en aan hemzelf (Cohen) te openbaren. Zijn beroepsgeheimen behoorden wel tot het *suum* van Lindenbaum; zij mochten hem niet listiglijk worden ontnomen.

12. *Nalatigheid*; het sluitstuk van de zeven hoofdzonden wordt gevormd door een zonde die in de Katechismus wordt omschreven als „traagheid of lauwheid”. Bij Dante doen de bedrivers van deze zonde boete door zonder ophouden rond te draven langs de vierde omgang van de Louteringsberg(28).

De bijzondere aard van dit zo menselijke tekort komt het scherpst naar voren in de confrontatie met zijn tegenhanger: *diligentia*. Het feit dat *diligentia* is afgeleid van *diligere*, liefhebben, maakt duidelijk dat we hier te maken hebben met een altruïstische deugd. Het gaat om het voorzien van gevaar voor anderen.

(26) CICERO, *Rhetorica ad Herennium*, IV, xxv.

(27) Zie art. 4 EG.

(28) *Purgatorio*, XVIII, 106 e.v.

In dit opzicht schoot Sjouwerman tekort. Hij had tijdens werkzaamheden in café De Munt in Amsterdam nagelaten een door hem geopend kelderluik te sluiten. Op weg naar de WC viel Duchateau in de kelderruimte en raakte ernstig gewond aan zijn linkerbeen. De door Duchateau ingestelde vordering tot vergoeding van zijn schade werd door de Rechtbank afgewezen. Duchateau had beter uit zijn doppen moeten kijken. Hof en Hoge Raad dachten er anders over. De Hoge Raad ontbond de door Sjouwerman overtreden diligentienorm in een aantal factoren die sedertdien regelmatig terugkeren in de rechtspraak met betrekking tot de zorgvuldigheid die, op straffe van aansprakelijkheid, in acht moet worden genomen ten aanzien van eens anders persoon en goed.

Sjouwerman had in de eerste plaats rekening moeten houden met de kans dat andere cafébezoekers niet de vereiste oplettendheid zouden betrachten. Die kans is bij cafébezoekers allicht niet geheel denkbeeldig. Vervolgens had hij zijn aandacht moeten richten op de hooggroetheid van de kans dat het achterwege blijven van de vereiste oplettendheid zou leiden tot ongevallen, op de ernst van de gevolgen van die ongevallen en tenslotte op de mate van bezwaarlijkheid van het treffen van veiligheidsmaatregelen(29).

Wat indien Sjouwerman zou tegenwerpen: Hoe had ik kunnen weten dat ik deze ingewikkelde belangenafweging had moeten maken? En bovendien, al zou ik het hebben geweten, ik zou niet anders hebben gehandeld dan ik deed; ik ben nu eenmaal vergeetachtig, daar kan ik niets aan doen. De gedachte om het luik te sluiten is eenvoudig niet bij mij opgekomen.

Deze tegenwerpingen zouden Sjouwerman niet baten. Hem zou worden voorgehouden dat hij niet alleen had *moeten*, maar ook had *kunnen* besluiten het luik dicht te doen. Kern van het begrip „fout” is de vrije wil als normatief postulaat. Dit wordt ook ingezien door Franse auteurs bij hun analyse van het begrip *faute*. Zelfs indien door de empirische psychologie zou worden aangetoond dat ieder van ons is onderworpen aan een onverzoenlijk determinisme, zouden het recht en de moraal het postulaat van de vrije wil — de noodzakelijke grondslag van het maatschappelijk leven — niet kunnen prijsgeven(30).

(29) HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136.

(30) B. STARCK, aangehaald bij G. VINEY en P. JOURDAIN, *Traité de Droit civil, les conditions de la responsabilité*, Parijs, L.G.D.J., 1998, 351: „même s'il était démontré que nous sommes tous soumis à un déterminisme implacable, le droit et la morale ne sauraient abandonner le postulat du libre arbitre, base nécessaire de la vie sociale.”

VIII. Waaruit bestaat het ongeschreven recht?

13. Van de fouten die tot aansprakelijkheid leiden bestaat een groot deel uit een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Hoe kunnen wij weten wat het ongeschreven recht inhoudt? Bestaat het ongeschreven recht louter uit een reeks ongeschreven *rechtsplichten*? Laat geen kelderluiken openstaan in de halfduistere gang van een café. Zet geen emmertjes met een onbekende vloeistof (natronloog?) bij het afval.

Indien het ongeschreven recht slechts zou bestaan uit een onafzienbare reeks ongeschreven plichten, zou niemand zijn weg kunnen vinden in dit labirint. Breng geen lekkende kruiken in het verkeer. Laat niet de contactsleutel in het slot zitten als u even de auto verlaat om een haring te kopen... enzovoort, enzoverder. Het ongeschreven recht kan niet worden gevonden zonder gids.

L'homme raisonnable, reasonable man; hun inzicht is bepalend voor de *devoirs* en *duties* die op straffe van aansprakelijkheid in acht moeten worden genomen. Hoe zou de *reasonable man* hebben gehandeld in de situatie waarin gedaagde zich bevond; zou hij het luik hebben gesloten? In deze personificatie van de redelijkheid stuiten wij op een onmisbaar element van het aansprakelijkheidsrecht: de deugd.

14. Plicht en deugd zijn niet identiek; ze hebben wel met elkaar te maken. Zoals we zagen, is deugd volgens Kant de wilskracht om te doen wat plicht is. Maar deugd is méér; zij is ook, wederom in de woorden van Kant, *praktische Weisheit*(31). Wij kunnen dit het best vertalen met „redelijkheid”. Als de zonde bestaat uit het vergrijp tegen de rede, moet het grondpatroon van haar tegenhanger, de deugd, wel worden gevormd door datgene wat strookt met de rede: de redelijkheid.

Een zo centrale rol van de deugd in het aansprakelijkheidsrecht lijkt haaks te staan op het *Bad Man* perspectief van de Amerikaanse rechtsfilosoof en Supreme Court judge Oliver Wendell Holmes: „*If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his*

(31) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1797, Einleitung XIV.

reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.”(32).

Wat moet ik doen om gevrijwaard te blijven van onplezierige sancties als gevangenisstraf en veroordeling tot schadevergoeding? Wie dat weet, kent het recht.

Aan de andere kant was Holmes fervent voorvechter van de *Reasonable Man* als maatstaf voor het oordeel of sprake is van *negligence* als grondslag voor de verplichting tot schadevergoeding. De rechter dient de volgende instructie mee te geven aan de jury: „*Gentlemen, the question is not whether the defendant thought his conduct was that of a prudent man, but whether you think it was.*”(33).

In de gedaante van de *prudent man* vormt de deugd een onmisbaar onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht. Ook de *bad man*, die een veroordeling tot schadevergoeding wil ontlopen, ontkomt niet eraan zich te verdiepen in het doen en laten van een *prudent man*. Holmes heeft gelijk met zijn observatie dat het niet aankomt op het vaststellen van een „schuldige geestesgesteldheid” (*mens rea*) bij de gedaagde. Wie in de halfduistere gang van een café een vrouw behoedt voor een val in een keldergat, onderwijl denkend „stom wijf”, handelt zorgvuldig. Wie daarentegen vergeet het luik te sluiten, omdat zijn gedachten geheel in beslag werden genomen door bekommernis om het lot van de weeskinderen in Rio de Janeiro, handelt in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

IX. De gulden regel

15. Heb uw naaste lief als uzelf; verwantschap en verschil tussen de Barmhartige Samaritaan en de *Reasonable Man* worden op indringende wijze verwoord door Lord Atkin in *Donoghue v Stevenson*, de beroemde Engelse uitspraak die wat haar belang betreft op één lijn staat met ons Lindenbaum/Cohen arrest. Atkin parafraseert de gelijkenis van de Barmhartige Samaritaan(34): „*The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives*

(32) O.W. HOLMES, „The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 1897, 457 e.v. Zie daarover A.M. HOL in CLITEUR en LOTH, *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Arnhem, 1992, 11 e.v.

(33) O.W. HOLMES, *The Common Law* (1881), Boston, Little, Brown and Company, 1963, lecture iii.

(34) LUCAS 10:25-37.

a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour.”(35).

Anders en eender; een lichte verschuiving van hart naar hoofd, naastenliefde (*agapê*) wordt *reasonable care*, maar het blijft een diligentienorm. De eis om rekening te houden met de ander kan niet worden gereduceerd tot een eenvoudige rekensom: zijn de preventiekosten lager dan de omvang van de schade, vermenigvuldigd met de waarschijnlijkheid van de schade ($Kp < Os \times Ws$), een formule aangereikt door de Amerikaanse Judge Learned Hand(36).

Wat moeten wij doen om de vergelijking met de *homme raisonnable* te doorstaan? Laat dit uw richtsnoer zijn: „Wat gij wilt dat de mensen u doen, doet gij hun evenzo.”(37).

Deze uit de mond van Jezus opgetekende „gulden regel”, die kan worden opgevat als een operationalisering van het gebod „heb uw naaste lief als uzelf”, dateert niet uit de beginjaren van onze jaartelling, maar is van veel oudere datum. Vijf eeuwen eerder had de Chinese denker Confucius deze wijsheid ook reeds aan zijn discipelen verkondigd(38).

16. Rond 1140 schreef de Camaldulenzers monnik Gratianus zijn *Decretum*. Gratianus heeft met dit werk zowel het kanonieke als het wereldlijke recht zozeer vooruit gebracht dat hij daardoor een plaats verdiende in het paradijs, zo bericht Dante ons (*Grazian, che l'uno e l'altro foro aiutò sì che piace in paradiso*)(39).

In het *Decretum* wordt de gulden regel verheven tot de spil van het natuurrecht: „Natuurrecht is wat in de Wet en het Evangelie staat, te weten het gebod aan een ieder om de ander te doen wat hij wil dat hem geschiedt.”(40).

De hantering van de gulden regel veronderstelt een homogene samenleving waarin ieders verlangens ten aanzien van de wijze waarop de ander zich ten opzichte van hen zal gedragen, redelijk parallel lopen.

(35) Donoghue v Stevenson, House of Lords [1932] AC 580.

(36) Zie daarover J.H. NIEUWENHUIS, *Confrontatie & Compromis*, Deventer, Kluwer, 1997, 19 e.v.

(37) MATTEUS 7:12.

(38) „Zigong asked saying, 'Is there any single saying that one can act upon all day and every day?' The Master said, 'Perhaps the saying about consideration: 'Never do others what you would not like them to do to you.'” ; CONFUCIUS, *Analects XV*, 23, vertaling A. WALEY.

(39) DANTE, *Divina Commedia*, Paradiso X, 104.

(40) „Ius naturale est quod in Lege et Evangelio continetur quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri”, *Decretum Gratiani*, I, 1.

Voorwaarde voor toepassing is de universaliseerbaarheid van de eigen verlangens. Ik wil dat de ander mij een helpende hand biedt wanneer ik door het ijs ben gezakt, en ik mag aannemen dat ieder ander eenzelfde verlangen koestert.

Zo begrepen, vervult de gulden regel een onmisbare rol als kompas bij het vinden van het ongeschreven recht. Moet ik bij gelegenheid van de verkoop van mijn auto aan de koper mededelen dat de auto betrokken is geweest bij een aanrijding? Wat eist de redelijkheid in dit geval? Hoe zou ik het vinden als de verkoper die mij een auto had verkocht het schadeverleden van die auto had verzwegen?

De universaliseerbaarheid van de verlangens met betrekking tot het gedrag van de ander leidt tot een belangrijke beperking van de toepasbaarheid van de gulden regel. Ik wil dat de ander duidelijk nee tegen mij zegt als hij nee bedoelt. Maar er zijn wellicht culturen waarin een prompt en helder nee als ongepast wordt ervaren. Wat indien andersdenkenden aan de horizon verschijnen?

X. Hoe redelijk is tolerantie?

17. Ter aanvulling van de kardinale deugden van Oudheid en Middeleeuwen heeft de Verlichting een nieuwe deugd opgeleverd: tolerantie.

„Die Religionen Müssen alle Tolleriert werden, den hier mus ein jeder nach Seiner Fassung Selich werden.” (41). Deze in 1740 door Frederik de Grote neergeschreven woorden — zijn Frans was beter dan zijn Duits — waren voor Kant aanleiding de achttiende eeuw te bestempelen als *das Zeitalter der Aufklärung, oder das Jahrhundert Friederichs* (42).

De inmiddels in het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) verankerde vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst was het resultaat. „Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid (...) om zijn godsdienst te belijden in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften” (art. 9 EVRM).

Op het eerste gezicht strookt tolerantie zeer wel met de gulden regel. Ik wil dat jij mijn vrijheid van gedachte respecteert, daarom respecteer ik jouw vrijheid van gedachte.

(41) Frederik de Grote, geciteerd naar BÜCHMANN, *Geflügelte Worte*, Berlijn, 1912, 499.

(42) I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*

Met de erkenning van deze vrijheid is het tolerantiebeginsel nog niet onmiddellijk in het geding. Van tolerantie in eigenlijke zin is eerst sprake wanneer wordt toegelaten wat ten gronde wordt afgekeurd. Toelaten dat de één belijdt „Ik geloof in de Heilige Geest, die voortkomt uit de Vader en de Zoon”, terwijl de ander de woorden „en de Zoon” weglaat, is thans niet langer een kwestie van tolerantie, maar van onverschilligheid. Anders ligt het met betrekking tot de praktische toepassingen van levensbeschouwelijke opvattingen die ons niet onverschillig *mogen* laten.

XI. Fatiha wil niet naar Marokko

18. De zestienjarige Fatiha is van huis weggelopen en vreest dat zij na terugkeer in de ouderlijke woning door haar vader naar Marokko zal worden teruggestuurd. Op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming heeft de Kinderrechter bepaald dat Fatiha voor een termijn van twaalf maanden blijft opgenomen in een in Nederland gevestigd tehuis. Haar vader verzet zich hiertegen en beroept zich op zijn recht „zijn eigen cultuur te beleven en zijn eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen” (art. 27 van het Internationaal Verdrag burgerrechten en politieke rechten). Het Hof heeft dit beroep verworpen op grond van de overweging dat dit recht niet op zodanige wijze mag worden uitgeoefend dat daardoor de rechten en vrijheden van Fatiha worden aangetast. Voorts constateerde het Hof dat gegronde vrees bestond dat Fatiha zonder de uithuisplaatsing ernstige schade van psychische en lichamelijke aard zou lijden. Het tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep wordt verworpen. De Hoge Raad kreeg nog gelegenheid zich uit te spreken over de stelling van de vader dat bij de beoordeling van wat in het belang is van een Marokkaans kind, Marokkaans-Islamitische maatstaven beslissend zijn. Onder begeleiding van bijpassende slangenbezweerderstonen wordt ook dit argument onder het tapijt geveegd: „Dit betoog vindt geen steun in het te dezen toepasselijke recht.”(43).

19. Waarom vindt dit betoog geen steun in het te dezen toepasselijke recht? Niet omdat bij toepassing van Nederlands recht Marokkaans-Islamitische maatstaven nimmer een rol zouden mogen spelen. Als de Moskee Al Mouhsenin met Mohammed Hajziani een overeenkomst

(43) HR 1 juli 1982, NJ 1983, 201.

sluit waarbij deze wordt aangesteld als imam, kunnen voor het antwoord op de vraag welke contractuele verplichtingen bij gebreke van een uitdrukkelijk beding uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (art. 6:248 lid 1 BW), Marokkaans-Islamitische maatstaven wel degelijk van belang zijn(44). Met betrekking tot het geschil tussen de zestienjarige Fatiha en haar vader is dit anders. Dit komt doordat Fatiha zich beroept op haar door de Nederlandse openbare orde gewaarborgde vrijheid om zich niet voetstoots te onderwerpen aan het vaderlijk gezag. De redelijkheid van het tolerantiebeginsel kent haar grenzen. Zij worden overschreden als tolerantie zou neerkomen op het gedogen van inbreuken op de rechten en vrijheden van derden.

XII. Rechten, plichten, deugden

20. Behoren de deugd en haar tegenhanger, de zonde, tot het recht? Kunnen we niet volstaan met een rechtsbegrip dat als bestanddelen uitsluitend rechten en plichten kent? De vraag wat nog binnen, en wat juist buiten het begrip „recht” is gelegen, is weinig vruchtbaar. Vormen rechtsbeginselen onderdeel van het geldende recht of zijn het externe oriëntatiepunten? In ieder geval kan het recht niet zonder deugd, en evenmin zonder zonde.

De *deugd* der redelijkheid, de *geneigdheid* om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander, is zelf geen plicht(45). Toch zijn aan het gemis van deze deugd wel rechtsgevolgen verbonden. Haar afwezigheid werkt als een *Obliegenheit*; het beroep op de niet-toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad wordt erdoor geblokkeerd.

Wat indien een geestelijke nazaat van de Zutphense juffrouw(46) in het voetspoor zou treden van haar illustere voorgangster en zou weigeren de in haar woning aanwezige hoofdkraan te sluiten, als gevolg waarvan een partij leer van de benedenbuurman waterschade oploopt? Zij kan niet aan aansprakelijkheid ontkomen door zich te beroepen op het feit dat haar onredelijk gedrag op psychologisch

(44) Zie voor het belang van Chinese maatstaven bij de toepassing van Nederlands recht, HR 18 november 1983, NJ 1984, 345.

(45) Zie KANT: „*Sie (die Tugend) ist nicht selbst oder sie zu besitzen ist nicht Pflicht (denn sonst würde es eine Verpflichtung zur Pflicht geben müssen)*”. *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1797, Einleitung XIV.

(46) Zie HR 10 juni 1910, W 9038.

overtuigende wijze wordt verklaard door haar gramschap jegens haar benedenbuurman en zijn aanhoudend blaffende honden.

De *wil* om haar naaste de helpende hand te bieden, kan het recht niet afdwingen, wel boetedoening voor haar zonde: betaling van schadevergoeding wegens haar vergrijp tegen de redelijkheid. Zo weet het recht nog steeds raad met de zonde.